

LA SERVIDUMBRE DE ACUEDUCTO EN EL DERECHO INDIANO

GUSTAVO MUÑOZ DEL SANTE

Abogado

Magister en Derecho de Aguas

Universidad de Atacama

PRÓLOGO

El tema que abordamos en este pequeño trabajo sobre “La servidumbre de acueducto en el Derecho Indiano” nos parece una materia que –además de tener un alto interés científico e histórico– no ha sido suficientemente analizada por los estudiosos y –por tal razón– la hicimos objeto de nuestra investigación en una tesis de grado que lleva el mismo título. El presente estudio es una síntesis de la señalada tesis de grado, la que, a la vez, constituye el principal fundamento de este trabajo.

Ahora bien, en cuanto al objetivo tenido en vista para llevar a cabo esta labor, consideramos del caso dejar establecido que éste no ha sido otro que el de efectuar un modesto aporte al estudio y también a la enseñanza de estas materias –aún no suficientemente divulgadas– y respecto de las cuales estimamos que resta todavía mucho por investigar.

GENERALIDADES SOBRE LAS SERVIDUMBRES

Al efectuar un estudio de este tema, debemos referirnos a la normativa vigente en las colonias americanas dependientes de la corona de España y en las Islas Filipinas, a partir de la llegada de los europeos a esos territorios.

Cabe señalar en esta materia la influencia relevante que tuvo el Derecho Romano en las Siete Partidas y la de éstas en el Derecho Indiano.

El Derecho Indiano fue el sistema jurídico que rigió en América y Filipinas desde el descubrimiento colombino hasta la codificación de los derechos nacionales, y estaba integrado por tres grandes elementos formativos, a saber, el derecho castellano, el derecho municipal indiano y los derechos indígenas.¹

El derecho castellano no fue suficiente para regular la realidad indiana, por lo que se fue gestando un derecho creado para regir específicamente en las Indias, al que los juristas denominaron “municipal”, y que tuvo fuentes diversas, como por ejemplo, normas dictadas por el Rey y por el Consejo de Indias mediante reales provisiones, reales cédulas y otros mandatos de gobernación; por los virreyes y gobernadores a través de ordenanzas, decretos, instrucciones y autos; por los cabildos mediante ordenanzas y decretos capitulares; por las audiencias, a través de autos acordados; y por la propia comunidad, mediante usos y costumbres.

Esta normativa tuvo vigencia –por lo menos en Chile– durante los períodos de la Conquista, la Colonia, e incluso durante algunas décadas de la República.

Es importante en esta materia, además, hacer una breve referencia al pensamiento de dos autores del Derecho Común que se ocuparon del tema: Bartolomé Caepolla, italiano (siglo XV), y Pedro Rebuffe, francés (siglo XVI).

¹ DOUGNAC RODRÍGUEZ, ANTONIO. *Manual de Historia del Derecho Indiano*, México, 1995.

Consideramos que es previo destacar el concepto de “servidumbre” en el Derecho Romano. Al efecto, el romanista español Alvaro D’Ors define las servidumbres como “ciertos derechos reales que los propietarios de predios vecinos pueden establecer voluntariamente para que un predio (llamado “sirviente”) sirva a otro (llamado “dominante”), de manera permanente, la ventaja directa de un uso limitado.”²

Estas servidumbres se denominan “prediales” porque se establecen para gravar y favorecer a los inmuebles, afectando sólo en forma indirecta a sus propietarios y eran clasificadas como “rústicas”, destacándose entre ellas la de a) paso a pie o a caballo (*iter*); b) paso de ganado (*actus*); c) camino para carros (vía); d) conducción de agua por superficie (*aquae ductus*); e) extracción de agua (*aquae haustus*); y f) la de poder echar agua al fundo vecino (*aquae immissio*)”³.

El Digesto en su Libro VIII, Título III, daba la noción de servidumbre rústica en sus diversas clases, incluyendo entre ellas la de acueducto.

El derecho municipal indiano fue, ante todo, un derecho cuyo contenido era marcadamente público, pues reguló escasamente las cuestiones privadas, de manera que en el derecho privado fue el derecho castellano, como ley general, el que tuvo mayor aplicación en América, y, como dentro del derecho castellano eran las Siete Partidas el texto más completo que regulaba de manera amplia el ámbito jurídico privado, fue el texto alfonsino el de mayor aplicación en las Indias, porque aunque en el Fuero Real también había una regulación de tales materias, su real vigencia en el Nuevo Mundo siempre fue discutida.⁴

En las posesiones dependientes de la Corona de España—inclusive en Chile—la principal fuente de derecho en materia de aguas la constituyeron las Siete Partidas, que fueron el cuerpo jurídico castellano de mayor aplicación en materias de carácter privado.

Las Siete Partidas datan del siglo XIII y dentro de su heterogénea normativa contienen disposiciones sobre las aguas en la Tercera Partida, y específicamente se refieren a la servidumbre de acueducto en su Título XXXI, Leyes 4, 16, 17 y 19.⁵

La aludida Ley III señalaba que se sirven las heredades no sólo en cuanto al paso o tránsito sino también por medio de acequias y por los otros lugares por donde pasan aguas para molinos o para regar huertos, o las otras heredades, es decir, llamaba castizamente como “acequia” a la servidumbre de acueducto, e indicaba las finalidades que podía tener.

Establecía asimismo la ley un estudio que aquellos que obtenían servidumbre de acueducto en heredad ajena debían guardar y mantener el cauce o la acequia, el canal o caño o el lugar por donde corría el agua, de manera que éste no se pudiera ensanchar, ni alzar ni bajar, ni hacer daño a aquél por cuya finca pasare.

De acuerdo con el texto de la ley analizada, a través de las Siete Partidas, el derecho Indiano reconocía la existencia de varias servidumbres relativas al uso de las aguas, las que podrían ser clasificadas como rústicas, dentro de las cuales las más comunes eran las de acueducto, en primer lugar, y también la de abrevadero y la llamada *servitus aquae haustus*, que permitía sacar agua desde el predio sirviente al dominante.

La diferencia entre las servidumbres rústicas y las urbanas consistía—de acuerdo con el Derecho Romano—en la naturaleza del bien beneficiado con la servidumbre; y no tanto en el lugar en que estaban situados los predios.

Así, por ejemplo, eran consideradas servidumbres rústicas aquellas establecidas a favor de la actividad agrícola, en tanto que se las consideraba urbanas las que beneficiaban a las construcciones.

La distinción entre servidumbres rústicas y servidumbres urbanas es importante debido a que respecto de las primeras no procedía ejercer la denuncia de obra nueva.

² D’ORS, Alvaro. *Derecho Privado Romano*. Pamplona, 1985, pp. 246-247.

³ Idem, p. 251.

⁴ BARRIENTOS GRANDÓN, Javier. *La cultura jurídica en la nueva España*. México, 1993, pp. 12-16.

⁵ VERGARA BLANCO, Alejandro. *Derecho de Aguas*. Tomo I, pp. 73 y siguientes.

La Ley III del Título XXXI de la Tercera Partida, que, como ya hemos visto, regulaba la servidumbre de acueducto, rigió en Chile hasta que entró en vigencia el Código Civil.⁶

Esta Ley III decía que la servidumbre de acueducto debía constituirse voluntariamente y ella permitía la construcción de una acequia por la cual corrieran las aguas para alimentar molinos o para el regadío de predios agrícolas.

En sus comentarios a esta ley de Partida, Gregorio López definía la servidumbre de acueducto como un derecho a conducir agua por fundo ajeno, derecho que le permite a su titular construir, mantener, reparar, limpiar y conservar la acequia por donde escurren las aguas. Agregaba que el dueño del predio sirviente podía exigir en el momento de la constitución de la servidumbre una fianza de seguridad para asegurarse del cumplimiento de las obligaciones del propietario del predio dominante.⁷

Esta exigencia de la fianza no sólo pretendía precaver algún daño que pudiera ocasionar el titular de la servidumbre, sino que tenía por objeto, además, exigir la extinción de la servidumbre de acueducto, haciéndose efectiva esta caución.

Era esta fianza en el fondo una especie de cláusula penal, aunque esto último no lo dice Gregorio López.

Las Siete Partidas contemplaron la posibilidad de constituir las servidumbres por estipulación entre las partes y, además, por decreto judicial.

LA SERVIDUMBRE DE ACUEDUCTO EN LOS AUTORES DEL DERECHO COMÚN

Durante la Baja Edad Media y la primera parte de la Época Moderna hubo juristas del Derecho Común que se ocuparon del tema de las servidumbres, y dentro de ellas de la de acueducto, cuyas opiniones fueron muy importantes en la elaboración de la doctrina sobre esta institución.

Entre tales autores se destacaron el italiano Bartolomé Caepolla en el siglo XV y el francés Pedro Rebuffe del siglo XVI, cuyas obras tuvieron amplia utilización en Indias.

Caepolla daba la siguiente definición de la servidumbre de acueducto: “La servidumbre de acueducto es el derecho de conducir agua por un fundo ajeno”⁸; y agregaba que “se dice que esta servidumbre es un derecho en los predios rústicos, y por esta razón la servidumbre se llama rústica”⁹.

Proseguía el mismo autor señalando que la servidumbre de acueducto “se estima que es un derecho, porque no consiste en un hecho, sino en un derecho, que es incorporal”¹⁰. A lo anterior,

⁶ BRAVO LIRA, Bernardino. *Vigencia de las Siete Partidas en Chile*, en *Revista de Estudios históricos*. 10. Valparaíso, 1985, pp. 43-105.

⁷ Las Siete Partidas de Alfonso X. Nuevamente glosadas por Gregorio López. Valencia, 1767.

⁸ CAEPOLLA, Bartolomé. *Tractatus de servitutibus rusticorum, praediorum*, en *Tractatus varii. D. Bartholomaei Caepollae Veroneusis V.I.D. Praeclarissimi. In acto libros distributi, Taurini, apud 10 Dominicum Tarinum, 1613, cap. IV. “De servitute: an ius ducendi aquam si servitus realis, vel personalis: rustica, vel urbana: an mutato alveo fluminis, ex quo ducebatur aqua, 8 erat acquisita servitus aquaeductus amittatur servitus aquaeductus”*. fols. 198.

⁹ CAEPOLLA, Bartolomé. *Tractatus de servitutibus rusticorum, praediorum*, en *Tractatus varii. D. Bartholomaei Caepollae Veroneusis V.I.D. Praeclarissimi. In acto libros distributi, Taurini, apud 10 Dominicum Tarinum, 1613, cap. IV. “De servitute: an ius ducendi aquam si servitus realis, vel personalis: rustica, vel urbana: an mutato alveo fluminis, ex quo ducebatur aqua, 8 erat acquisita servitus aquaeductus amittatur servitus aquaeductus”*. fols. 198.

¹⁰ CAEPOLLA, Bartolomé. *Tractatus de servitutibus rusticorum, praediorum*, en *Tractatus varii. D. Bartholomaei Caepollae Veroneusis V.I.D. Praeclarissimi. In acto libros distributi, Taurini, apud 10 Dominicum Tarinum, 1613, cap. IV. “De servitute: an ius ducendi aquam si servitus realis, vel personalis: rustica, vel urbana: an mutato alveo fluminis, ex quo ducebatur aqua, 8 erat acquisita servitus aquaeductus amittatur servitus aquaeductus”*. fols. 198.

Caepolla añadía que “asimismo el derecho de conducir agua se entiende que se puede realizar por canales, o por cualquier otro instrumento que sirva para ello”, concluyendo que “en la constitución de esta servidumbre de ninguna manera se puede ocasionar daño al dueño del fundo sirviente”¹¹.

Caepolla finaliza estas explicaciones diciendo que “como dije en la definición, debe tratarse de un fundo ajeno, porque sin fundo no puede constituirse una servidumbre, y tiene que ser ajeno, porque en cosa propia nadie puede constituir servidumbre”.

Otro autor que se refirió en sus obras a la servidumbre de acueducto fue el francés Pedro Rebuffe, en sus *Tractatus de servitutibus*, en la cual expresa que “todas las servidumbres se dividen en reales, personales o mixtas”¹², agregando que “la servidumbre real es el derecho inherente a cierto predio, que genera una utilidad al dominante y disminuye la libertad del sirviente. Estas servidumbres también pueden ser llamadas prediales, y pueden ser rústicas o urbanas”¹³.

Señalaba además Rebuffe que “la servidumbre rústica es la que se debe a un predio rústico. Son predios rústicos los que se destinan a percibir o recoger frutos, y estas servidumbres pueden ser nominadas o innominadas”¹⁴.

“Dentro de las servidumbres nominadas, es decir, aquellas que tenían un nombre especial impuesto por el derecho, se hallaba la servidumbre de acueducto”¹⁵.

Por último, Rebuffe escribía que “La servidumbre de acueducto es el derecho de conducir agua por un fundo ajeno. El derecho constituido puede serlo respecto de agua ya descubierta o por descubrir”.

En síntesis, Caepolla y Rebuffe aportaron una visión dogmática sobre las servidumbres y contribuyeron a precisar sus caracteres y a fijar criterios clasificatorios.

LA SERVIDUMBRE DE ACUEDUCTO Y EL RÉGIMEN DE LAS AGUAS EN EL DERECHO INDIANO

En el Derecho Indiano no hubo una mayor preocupación por parte de los juristas por las materias jurídicas relacionadas con el Derecho Privado, ya que ellas se hallaban reguladas por el Derecho común Romano Canónico y por las disposiciones jurídicas castellanas; y por ende no hay una normativa específica indiana sobre las servidumbres, no obstante que, tratándose de aquellas relativas a las aguas, éstas estaban sometidas al estatuto jurídico particular de las Indias referente a las aguas.

LAS AGUAS EN INDIAS

En Castilla el régimen jurídico de las aguas adoptaba los caracteres propios del Derecho Romano recibido a través del Derecho Común, y así las aguas eran clasificadas en grupos diversos, sin perjuicio de las disposiciones aisladas de tradición visigótica contenidas en el *Liber Iudiciorum*.

¹¹ CAEPOLLA, Bartolomé. *Tractatus de servitutibus rusticorum, praediorum*, en *Tractatus varii*. D. Bartholomaei Caepollae Veroneusis V.I.D. Praeclarissimi. In acto libros distributi, Taurini, apud 10 Dominicum Tarinum, 1613, cap. IV. “De servitute: an ius ducendi aquam si servitus realis, vel personalis: rustica, vel urbana: an mutato alveo fluminis, ex quo ducebatur aqua, 8 erat acquisita servitus aquaeductus amittatur servitus aquaeductus”. fols. 198.

¹² REBUFFUS, Petrus. *Quando quidem non est simplex servitutis vocabulum, neque potest commode in generi definire; prius est ut ius species duas dividatur, quae deinde suis definitionibus explicentur*, en *Tractatus novem*. Lugduni ad Salamandrae, apud Claudium.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*.

Es así como las aguas lluvias eran consideradas cosas: “Que comunalmente pertenecen a todas las criaturas en este mundo¹⁶ de acuerdo a la clasificación recogida en las Instituciones de Justiniano.¹⁷

Los ríos, por su parte, se consideraban entre aquellos bienes que “pertenecen a todos los omes comunalmente¹⁸ y, por lo tanto, eran prohibidas aquellas obras que obstruyeran la navegación.¹⁹

Asimismo, existían también aguas destinadas al consumo de una ciudad o de una villa, por medio de las fuentes públicas²⁰ Por otra parte, eran aguas privadas aquellas extraídas desde pozos ubicados en una heredad particular²¹. Aparte de este amplio marco estaba el agua bendita, a que era considerada un bien sagrado.²²

Por otra parte, existían las aguas de señorío imperial o real, incluidas dentro de las regalías o bienes reales, conforme a una doctrina enraizada en el derecho feudal y desarrollada por el *ius commune*, cuya recepción en Castilla se produjo a través de las mismas Siete Partidas.

Dentro de este último grupo de aguas de realengo, quedaban clasificadas una serie de aguas en las Siete Partidas²³.

En el caso de las Indias, como el continente americano había sido adquirido por donación pontífica y “otros justos títulos”, según lo expresado por Carlos I en disposición de 14 de septiembre de 1519, se podía concluir que la Corona era sucesora por entero en el dominio que anteriormente perteneciera a los indígenas. En consecuencia, todos aquellos bienes que no tuvieran otro dueño, como podría ocurrir con las tierras de los aborígenes, eran propiedad de la Corona. Lo anterior, implicaba que el rey tenía una especie de dominio que le permitía conceder –con las restricciones que estimara del caso– la propiedad privada o comunitaria a particulares o a lugares y villas; no se trataba, pues, de un típico dominio civil privado que la Corona tuviera sobre aquellos bienes.²⁴

Contando con la autorización de los Reyes Católicos, el primero que concedió aguas en América fue Cristóbal Colón, a fin de que los habitantes pudieran “hazer sementeras y criar ganado pareciendo este medio eficaz para conservarlos”.²⁵ Mediante las capitulaciones con los descubridores, éstos pudieron repartir solares, tierras y aguas, debiendo tratar que a todos correspondiera “parte de lo bueno e de lo mediano e de lo menos bueno”.

Por cédula de 20 de mayo de 1534, se otorgó autorización a virreyes y gobernadores para repartir tierras y aguas, procedimiento que se mantuvo por lo menos en su esencia en las ordenanzas de nuevos descubrimientos, poblaciones y pacificaciones del año 1573²⁶. Es así como en el capítulo 71 se puede leer que los adelantados podían “dar ejidos, abrevaderos, caminos y sendas a los pueblos que nuevamente se poblaren”²⁷. Ello porque dichas autoridades eran representantes de la Corona.

¹⁶ Siete Partidas. 3.28.3

¹⁷ DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio. *Régimen jurídico de las aguas en Chile durante el siglo XVI*. En *Revista Chilena de Historia del Derecho*. 10. Santiago, 1984, p. 277.

¹⁸ Siete Partidas. 3.28.8.

¹⁹ DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio: *Régimen jurídico de las aguas en Chile durante el siglo XVI*. En *Revista Chilena de Historia del Derecho*. 10. Santiago, 1984, p. 277.

²⁰ Siete Partidas. 3.32.19.

²¹ Siete Partidas. 3.31.5.

²² DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio Y BARRIENTOS GRANDÓN, Javier. *El Derecho de aguas a través de la jurisprudencia chilena de los siglos XVII y XVIII*. En *Revista de Estudios histórico-jurídicos*, XIV, Valparaíso, 1991, p. 102.

²³ Siete Partidas. 3.28.11.

²⁴ DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio: *Régimen jurídico de las aguas en Chile durante el siglo XVI*. En *Revista Chilena de Historia del Derecho*. 10. Santiago, 1984, p. 277.

²⁵ DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio: *El Cabildo y el derecho de aguas en Santiago de Chile en los siglos XVII y XVIII*. En *Revista Chilena de Historia del Derecho*. 11. Santiago, 1985.

²⁶ *Ibidem*. p. 280.

²⁷ *Ibidem*.

En suma, se puede concluir en esta materia que en el reino de Chile rigió el principio general según el cual las aguas eran bienes de realengo cuyo dominio y uso era entregado a los particulares mediante las correspondientes mercedes de agua o bien a las comunidades, situación en la que los respectivos cabildos debían dar las reglas para su uso²⁸.

De acuerdo con el régimen jurídico vigente en materia de aguas en el Derecho Indiano, cabe señalar que el Estado podía conceder aguas tanto a los vecinos particulares como a las villas, ayuntamientos, concejos, municipios, cabildos y lugares. Tratándose de los cabildos las aguas eran consideradas propiedad pública, en tanto que aquellas concedidas a los particulares constituyeran las mercedes propiamente tales, y ellas podían ser de naturaleza diversa, como por ejemplo: aguas de uso urbano; de riego; de jagüeyes o manantiales; y de heridos, para molinos e ingenios, según lo exponen los profesores Antonio Dougnac Rodríguez y Javier Barrientos Grandón en su obra "El derecho de aguas a través de la jurisprudencia chilena de los siglos XVII y XVIII" (Revista de Estudios Histórico Jurídicos, XIV, Valparaíso, 1991, pp. 101-136).

La merced de aguas constituía un derecho real, transferible entre vivos y transmisible por causa de muerte, de naturaleza por regla general perpetua, que la autoridad otorgaba sobre aguas corrientes o detenidas o vertientes y respecto de depósitos superficiales o subterráneos, y que permite su uso en una forma prevista jurídicamente.²⁹

Dentro del régimen jurídico en estudio, la nieve se regía por las mismas normas que las aguas líquidas, y se asimilaba a ellas. Con respecto a la noción de servidumbre de acueducto, cabe señalar que en el Derecho Indiano se tuvo de ella el mismo concepto que el Derecho Romano había llevado a Castilla, es decir, se la definía como "el derecho de conducir agua por un fundo ajeno".

En cuanto a la nomenclatura utilizada en el Reino de Chile en los siglos XVI y XVII debe señalarse que se emplea la expresión romana "servidumbre de acueducto", pero con mayor frecuencia se la denomina de acuerdo a la tradición alfonsina castellana de "servidumbre de acequia", o "canal", términos estos últimos que se ven también en las actas del cabildo de Santiago y en los expedientes judiciales de la época.

En todo caso, este concepto de servidumbre de acueducto definido como "derecho de conducir agua a través de un fundo ajeno", propio del Derecho Romano, pasó a las Siete Partidas y se mantuvo en el Derecho Indiano.

CLASIFICACIONES DE LAS SERVIDUMBRES DE ACUEDUCTO EN INDIAS

La primera clasificación distingue entre servidumbres de acuerdo con la naturaleza de su constitución y las divide en: primero, las de constitución forzosa o servidumbres públicas de acueducto, y segundo, las servidumbres privadas, concertadas libremente entre particulares. Las primeras, o servidumbres públicas o forzosas, no estaban contempladas en las Siete Partidas.

En Indias, si bien las aguas eran bienes de realengo, la Corona autorizaba a los particulares para que las pudieran usar libremente; y lo mismo hacía con los cabildos, las villas y los concejos.³⁰

Los cabildos en América utilizaban las aguas en bien de la comunidad, pues todo poblado o ciudad requería del recurso para el aseo, el ornato, los desagües y la provisión de las pilas de agua públicas. Este objetivo se lograba por medio del trazado de acequias, las que se construían pasando a través de predios pertenecientes a particulares, los que debían soportar obligadamente el gravamen respectivo. El alarife, el fiel ejecutor y el alcalde de aguas, fueron los agentes del cabildo encargados del trazado, la construcción y la fiscalización de las acequias y de su buena mantención.

²⁸ DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio y BARRIENTOS GRANDÓN, Javier. *El Derecho de aguas a través de la jurisprudencia chilena de los siglos XVII y XVIII*. En *Revista de Estudios histórico-jurídicos*, XIV, Valparaíso, 1991, pp. 102-104.

²⁹ DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio y BARRIENTOS GRANDÓN, Javier. *El Derecho de aguas a través de la jurisprudencia chilena de los siglos XVII y XVIII*. En *Revista de Estudios histórico-jurídicos*, XIV, Valparaíso, 1991, pp. 101-136.

³⁰ VERGARA BLANCO, Alejandro. *Derecho de Aguas*. Tomo I, p. 54.

A diferencia de la normativa contenida en las Siete Partidas, en el Reino de Chile la constitución forzosa de servidumbres impuesta por el cabildo de Santiago constituyó una práctica peculiar del Derecho Municipal Indiano.

En cuanto a las servidumbres privadas de acueducto –que eran concertadas libremente por los particulares– ellas eran reglamentadas por el Derecho Castellano en las Siete Partidas, comprendiéndose dentro de esta clasificación las servidumbres de acueducto. Aquellos usos de aguas concedidos por la Corona a los particulares recibían el nombre de “mercedes de aguas”.

De acuerdo a capitulaciones celebradas entre la Corona de España y los conquistadores, se facultó a éstos para otorgar mercedes de tierras y aguas, procedimiento contemplado en las “Ordenanzas de Nuevos Descubrimientos y Poblaciones” del año 1573, y que permitió a Pedro de Valdivia distribuir las aguas entre los habitantes de Santiago. El Gobernador no sólo ejerció personalmente esta atribución, sino que también la hizo extensiva al Cabildo de Santiago el 26 de julio de 1549, según expresa el profesor Sr. Antonio Dougnac Rodríguez, en su obra “Régimen jurídico de las aguas en Chile durante el Siglo XVI”. Revista Chilena de Historia del Derecho. Santiago, 1984, pp. 54-55.

Con todo caso, a partir del año 1609, a raíz de la llegada a Santiago de la Real Audiencia, la facultad de otorgar mercedes de aguas quedó radicada exclusivamente en el Gobernador.

El Derecho Romano contemplaba una distinción entre servidumbres rústicas y urbanas, clasificación que pasó a las Siete Partidas. La servidumbre de acueducto estaba incluida dentro de la categoría de las servidumbres rústicas, tanto en el Derecho Romano como en las Siete Partidas. Igual concepción se tuvo en la práctica judicial del reino de Chile.

CARACTERÍSTICAS DE LA SERVIDUMBRE DE ACUEDUCTO O ACEQUIA

La primera característica de las servidumbres de acueducto es la llamada Inherencia predial, que consiste en que la servidumbre en cuanto gravamen real no se extingue ni se altera por la transferencia o la transmisión del dominio del predio gravado o del predio dominante y, por lo tanto, la servidumbre es inseparable del predio y por consiguiente no puede enajenarse separadamente.

Al respecto, Gregorio López sostenía que la servidumbre estaba impuesta en razón del predio, y no de la persona.³¹

La segunda característica de la servidumbre de acueducto es la indivisibilidad. En otras palabras, esto significa que cualquier heredero del predio al cual le era debida podía pedirla *in solidum* y no por parte; y cualquier heredero del dueño del predio sirviente podía ser demandado *in solidum*, según expresaba Gregorio López.³²

La utilidad del gravamen era la tercera característica de esta servidumbre, la que debía necesariamente reportar beneficios al predio dominante.³³

Finalmente, una cuarta característica consistía en que no se puede constituir servidumbre sobre cosa propia, concepto emanado del Derecho Romano y mantenido en las Siete Partidas.³⁴

CONSTITUCIÓN Y ADQUISICIÓN DE LA SERVIDUMBRE DE ACUEDUCTO O ACEQUIA

Las Siete Partidas reconocían tres maneras de constituir servidumbres, y ellas eran: a) por acto entre vivos; b) por acto testamentario y; c) por uso de tiempo. Sin embargo, como se dijo antes, en el Derecho Indiano se reconoció un cuarto modo de constituir la servidumbre de acueducto, y este consistió en la constitución por acto de autoridad.

³¹ LÓPEZ, Gregorio. Glosa a S.P. 3.31.8.

³² LÓPEZ, Gregorio. Glosa S.P. 3.31.9.

³³ Siete Partidas.3.31.13.

³⁴ LÓPEZ, Gregorio. Glosa S.P. 3.31.13.

En cuanto al primer modo; por acto entre vivos, éste se formalizaba normalmente a través de una compraventa o una estipulación, la que se incluía por regla general en las escrituras de compraventa de fincas urbanas y rústicas.

Con respecto a la constitución por acto testamentario, las Siete Partidas reconocían expresamente esta forma de adquirir la servidumbre de acueducto.

Acerca de la constitución de la servidumbre de acueducto por uso de largo tiempo, las Siete Partidas regulaban en detalle esta forma de adquisición, basándose en la clasificación romana de servidumbres continuas y servidumbres discontinuas.

Gregorio López resumía esta forma de adquirir la servidumbre de acueducto diciendo que quien usaba de buena fe la servidumbre continua, por diez años entre presentes o veinte entre ausentes, sin contradicción, sin violencia, clandestinidad ni precario, prescribía la servidumbre.

En cuanto a las servidumbres discontinuas, las Siete Partidas señalaban que tratándose de acueductos que se usaban una vez a la semana o una vez al mes y no diariamente, éstas podían adquirirse por uso del tiempo, pero no por los plazos antes señalados, sino por tiempo inmemorial, o sea tiempo de cuyo inicio no existía memoria, al decir de Gregorio López, y que otros estimaban en cien años.

La constitución de la servidumbre de acueducto por acto de autoridad fue, como ya dijimos, una modalidad propia que usaban los Cabildos para abastecer de agua a las poblaciones y que tuvo aplicación frecuente en el Reino de Chile.

LAS OBLIGACIONES DEL DUEÑO DEL PREDIO DOMINANTE

Estas eran las siguientes:

1. Mantenimiento del cauce o canal.
2. No introducir alteraciones en el cauce o conducto
3. No producir daño o menoscabo al predio sirviente

A/Mantenimiento del cauce o canal

En el Derecho Indiano esta obligación revestía dos aspectos diferentes: 1) la construcción material de los ductos o canales, y 2) el de su reparación y limpieza.

Acerca del primer aspecto, es decir, el de la construcción de las acequias o canales, debe recordarse que éstos sólo podían construirse en presencia del alarife, para guardar el trazado debido.

En cuanto a la limpieza del ducto, las Ordenanzas de 1569 disponían que debía ponerse un marco a la cabeza de la acequia principal para que se recibiera el agua correspondiente y no más, y ello, sin perjuicio de aderezar las acequias con cal y ladrillo o piedra y con la obligación de poner "rayo" a la salida del ducto, el que debía ser fijo y espeso.

B/No alterar el cauce o canal.

Según las Siete Partidas éste era un deber del dueño del predio dominante y estaba en el Reino de Chile especialmente regulado por normas emanadas del Cabildo de Santiago, las que también se refirieron a la obligación de reparar y limpiar las acequias, labor cuya fiscalización correspondía al alarife. Según la Ordenanza de 25 de octubre de 1549, los dueños de los predios debían contribuir a la obligación de limpieza de las acequias mediante el trabajo de indios o yanacones, so pena de pérdida del agua. Los costos de estos trabajos fueron cargados en principio al ramo de balanza, y posteriormente —en frecuentes ocasiones— se cobró este costo a los beneficiados con las acequias.

Con respecto a la tercera obligación del dueño del predio dominante, debemos señalar que ella consistía en no dañar el predio sirviente y estaba reconocida tanto en las Siete Partidas como también en la documentación del Cabildo de Santiago.

CAUSAS DE LA EXTINCIÓN DE LA SERVIDUMBRE DE ACUEDUCTO

Estas causas en el Derecho Indiano eran básicamente la confusión, la renuncia, el *non usus* y la pérdida de la utilidad del gravamen.

1. *La confusión*. Se producía cuando el dominio del predio dominante y del predio sirviente pasaban a una misma persona, ya que no podía existir una servidumbre en cosa propia. Si después de la confusión volvían a separarse los predios del mismo dominio, no renacía la servidumbre³⁵. La confusión se hallaba expresamente reconocida en las Siete Partidas.

2. *La renuncia*. Este modo se refería a la renuncia del dueño del predio dominante, no siendo posible una renuncia parcial a una servidumbre³⁶. Este modo de extinguir las servidumbres se hallaba reconocido en las Siete Partidas. Si el predio dominante pertenecía a varios socios, la renuncia debía ser de todos ellos.

3. *Non usus. Usucapio libertatis*. En el Derecho Romano las servidumbres se extinguían también por medio de la usucapión, pues a través de ella el predio sirviente podía liberarse del gravamen debido a la falta continuada o no interrumpida del ejercicio de una servidumbre durante el lapso de dos años.³⁷

Cuando la servidumbre era de aquellas que consistían en una “immisio” la falta de ejercicio de ella era el hecho de haber cesado el dueño del predio dominante en toda actividad “immisiva” dentro del predio sirviente, como si hubiera dejado de pasar por el fundo gravado respecto del cual el suyo gozaba de una servidumbre de paso.

Si la servidumbre era de aquellas que se suelen denominar “negativas”, es decir, las que consistían en un *ius prohibendi*, la falta de ejercicio de la servidumbre se presentaba cuando se realizaba cualquier cosa nueva o innovación positiva (*novum facere*) respecto del predio sirviente que fuera contraria al contenido de la servidumbre, como construir más altos los edificios cuando el predio estaba gravado con la servidumbre de luz.³⁸

Estos plazos de la *usucapio* aplicados a la extinción de las servidumbres resultaron alterados durante la época postclásica debido a la regulación de la llamada “*longi temporis praescriptio*” sobre la base de la distinción de plazos entre 10 y 20 años fundado en las circunstancias de hallarse entre presentes o entre ausentes, y en cierto modo este fue el sistema que respecto de los bienes inmuebles mantuvo Justiniano en el “Código” y en las “Instituciones”, pues la *longi temporis praescriptio* se conservó respecto de los bienes inmuebles con plazos de 10 o 20 años, dependiendo de la ausencia o presencia, ahora referida a que las partes vivieran en la misma o distinta provincia.

En las Siete Partidas se contemplaba este modo de extinguirse las servidumbres y, al efecto, se hacía un distingo entre las servidumbres rústicas y las servidumbres urbanas.

Gregorio López resumía en su glosa el contenido de esta ley de “Partidas” diciendo que la servidumbre urbana se perdía por el no uso de ella durante diez años entre presentes o veinte entre ausentes, si el dueño de ella no la usaba durante dicho tiempo, y ello se entendía siempre que actuara de buena fe, por ejemplo, al clausurar las ventanas, o al mover las vigas de su pared.³⁹

En cuanto al requisito de la buena fe, Gregorio López aclaraba en su glosa que esta exigencia procedía en las servidumbres urbanas en las cuales se requería de un hecho que impidiera el uso, a diferencia de lo que ocurría en las servidumbres rústicas y en las personales (usufructo), pues en ellas no se necesitaba de buena fe, pues sólo se consideraba la negligencia en el no usar de la servidumbre.⁴⁰

Por lo tocante a la extinción de las servidumbres rústicas por el no uso la ley de Partidas sentaba una distinción entre las servidumbres llamadas “continuas” y las “discontinuas”, pues respecto de las primeras exigía el no uso inmemorial, y respecto de las segundas el plazo de 20 años.

Gregorio López, en su glosa a esta ley alfonsina escribía que las servidumbres rústicas no se perdían, a menos que no fueran usadas durante tanto tiempo que no hubiera memoria en contrario,

³⁵ GUZMÁN BRITO, Alejandro. *Derecho Romano*. Santiago, 1993, pág. 633.

³⁶ GUZMÁN BRITO, Alejandro. *Derecho Romano*. Santiago, 1993, págs. 634-635.

³⁷ GUZMÁN BRITO, Alejandro. *Derecho Romano*. Santiago, 1993, págs. 634-635.

³⁸ GUZMÁN BRITO, Alejandro. *Derecho Romano*. Santiago, 1993, Tomo I. pág. 635.

³⁹ LÓPEZ, Gregorio. Gl. A S.P. 3.31.16.

⁴⁰ LÓPEZ, Gregorio. Gl. A buena fe. S.P. 3.31.16.

si tenían una causa continua, porque en las que tenían una causa discontinua se perdían por el no uso durante veinte años, sin importar la distinción entre presentes o entre ausentes.⁴¹

Aclaraba a propósito de esta materia Gregorio López que la citada ley de Partidas había corregido lo dispuesto en el Derecho Común, pues la libertad de las servidumbres que tenían una causa continua sólo se prescribía por largo tiempo.⁴²

El siguiente cuadro resumen aclarará las explicaciones precedentes sobre este tema.

EXTINCIÓN DE LAS SERVIDUMBRES POR EL *NON USUS USUCAPIO-LIBERTATIS*

Extinción de las servidumbres en las Siete Partidas	Rústicas no exigía buena fe	Continuas	Se extinguían por el no uso por tiempo inmemorial.
		Discontinuas	Se extinguían por el no uso durante 20 años; igual tanto entre presentes como entre ausentes
	Urbanas exigía buena fe	Entre presentes	Se pierde por el no uso durante 10 años.
		Entre ausentes	Se pierde por el no uso durante 20 años.

Otra ley de las Siete Partidas se refería a la extinción de las servidumbres rústicas cuyo contenido inmisivo era negativo. En su glosa, Gregorio López sostenía que aquel que daba permiso para edificar contrariando una servidumbre que se le debía, la perdía⁴³.

4. *Otros modos de extinción de las servidumbres de acueducto.* Dentro de estos modos se comprendían la pérdida de la utilidad, debido, por ejemplo, a la transformación del predio; a su exclusión del comercio, o a la inundación permanente del fundo.

⁴¹ LÓPEZ, Gregorio. Gl. S.P. 3.31.16.

⁴² LÓPEZ, Gregorio. Quier Sea. S.P. 3.31.16.

⁴³ LÓPEZ, Gregorio. Gl. A S.P. 3.31.19, inc.

CONCLUSIONES

- 1° La más importante fuente del Derecho de Aguas en Indias fueron las Siete Partidas.
- 2° La constitución forzosa de las servidumbres por parte de los cabildos fue una peculiaridad propia del Derecho Indiano.
- 3° Las atribuciones de los cabildos en Indias fueron importantes en materia de aguas. En Castilla eran tema privado; en Indias fueron materia de regulación pública por los cabildos.
- 4° A pesar del tiempo transcurrido, podemos concluir que las necesidades del hombre son casi las mismas, si bien es cierto que el avance de la ciencia y el progreso tecnológico han contribuido poderosamente a aumentar su complejidad.
- 5° En cuanto a las normativas jurídicas vigentes en América durante el lapso en estudio, hemos comprobado que, por lo menos en su esencia, los preceptos vigentes en aquella época se han perpetuado hasta hoy.
- 6° En síntesis, podemos afirmar que las soluciones que el Derecho ha dado al hombre en materia de aguas han sido la continuación adecuada a los tiempos de aquellas que durante los períodos de la Conquista y la Colonia dieran los cuerpos legales que hemos analizado en este breve estudio.

BIBLIOGRAFÍA

I. Fuentes documentales

- Actas del Cabildo de Santiago. Colección Historiadores de Chile.
- GAY, Claudio. *Historia Física y Política de Chile. Documentos I*. París, 1846. Ordenanzas del Cabildo de la ciudad de Santiago, pp. 195-196.
- Las Siete Partidas de Alfonso X. Valencia, 1767.

II. Fuentes Bibliográficas

- BARRIENTOS GRANDÓN, Javier. *La cultura jurídica de la Nueva España*. México, 1993.
- ———, Javier. *Introducción a la historia del Derecho chileno*. Santiago, 1994.
- BARRIENTOS GRANDÓN, Javier y DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio. *El derecho de aguas a través de la jurisprudencia chilena de los siglos XVII y XVIII*. En Revista de Estudios histórico-jurídicos. Publicaciones de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XIV. Valparaíso, 1991.
- CAEPOLLA, Bartolomé. *Tractatus de servitutibus rusticorum, praediorum, en Tractatus Varii D. Bartholomei Caepolla Veronensis V.I.P. Praeclarissimi. In octo libros distributi*. Taurini, apud 10. Dominicum Tarinum, 1613.
- D'ORS, Alvaro. *Derecho Privado Romano*. Pamplona, 1985.
- DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio. *Régimen jurídico de las aguas en Chile durante el siglo XVI*. En separata de la Revista Chilena de Historia del Derecho. Santiago, 1984.
- ———, Antonio. *El Cabildo y el Derecho de aguas en Santiago de Chile en los siglos XVII y XVIII*. En Revista Chilena de Historia del Derecho II. Santiago, 1985.
- ———, Antonio. *Manual de historia del Derecho Indiano*. México, 1995.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro. *Derecho Romano*. Santiago, 1993.
- REBUFFUS, Petrus. *Quando quidem non est simplex servitutis vocabulum, neque potest commode in generi definiri; prius est ut in species duas dividatur, quae deinde suis definitionibus explicentur en Tractatus novem. Lugduni ad Salamandrae, apud Claudium*.
- VERGARA BLANCO, Alejandro. *Contribución a la historia del Derecho de Aguas I. Fuentes y Principios del Derecho de Aguas chileno contemporáneo*. En Revista de Derecho de Minas y Aguas. Vol. I, Santiago, 1990.

- VERGARA BLANCO, Alejandro. *Contribución a la historia del Derecho de Aguas II. Fuentes y Principios del Derecho de Aguas español, medieval y moderno*. En Revista de Derecho de Minas y Aguas. Vol. II, Santiago, 1991.
- ————. *Contribución a la historia del Derecho de Aguas III. Fuentes y Principios del Derecho de Aguas Indiano*. En Revista Chilena de Derecho. 19 N° 2, Santiago, 1992.
- ————. *Derecho de Aguas*. Tomo I y II. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998.
- VERGARA DUPLAQUET, Ciro. *Comentarios al Código de Aguas*. Santiago, 1960.